

## Tilburg University

### Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid

Nagelkerke, A.G.; Plessen, W.G.M.; Wilthagen, A.C.J.M.

*Published in:*  
Sociaal maandblad arbeid

*Publication date:*  
2008

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Nagelkerke, A. G., Plessen, W. G. M., & Wilthagen, A. C. J. M. (2008). Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling? *Sociaal maandblad arbeid*, 63(11/12), 435-443.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## **Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling?**

(*Sociaal Maandblad Arbeid*, 63, (11/12), november/december, 2008, 435-446).

Ad Nagelkerke, Willem Plessen en Ton Wilthagen\*

'De arbeider heeft er zich in het algemeen aan gewend zijn levensvreugde buiten den arbeid te zoeken. Zoowel uit menschelijk als uit persoonlijk oogpunt is het echter van groote waarde, dat ook de arbeid zelf voldoening geeft, zoowel door de verhoudingen waaronder hij wordt verricht, als door begrip van zijn beteekenis voor het geheel.'

### **1 Inleiding**

Dat citaat komt uit het artikel 'Sociaal beleid' van W. Drees, waarmee in 1946 het nieuwe tijdschrift *Sociaal Maandblad Arbeid* (SMA) van start ging.<sup>1</sup> In feite ging het om twee tijdschriften. Het 'Sociaal Maandblad', dat een wetenschappelijk karakter zou gaan dragen en het maandschrift 'Arbeid' dat vooral de praktijk van arbeidsvraagstukken zou gaan belichten. Het nieuwe tijdschrift kwam overigens voort uit een fusie van drie voorgaande tijdschriften. Wat is nieuw?

Door de schat aan bijdragen, analyses en opinies die SMA de afgelopen 62 jaar heeft voortgebracht loopt, zeker in de eerste decennia, als rode draad het format van de klassieke arbeidsverhouding, de verhouding tussen een (doorgaans particuliere) werkgever en een in loondienst werkende, afhankelijke werknemer (of arbeider, zoals het taalgebruik in de eerste jaren luidde). Veruit het merendeel van de vraagstukken die in SMA aan de orde werd gesteld, ging dan ook over aspecten van deze arbeidsverhouding: loon, werktijden, arbeidsomstandigheden, ziekte, aanname en ontslag, staking, medezeggenschap, (in een latere fase) arbeid en zorg, verlof enzovoort. Daarnaast kwam er geleidelijk aan meer aandacht voor de situaties en omstandigheden waarin de werknemer geen inkomen had uit betaalde arbeid, dat wil zeggen voor de sociale zekerheid. In bovengenoemd artikel constateerde Drees overigens fijntjes dat er in Nederland op dat moment geen werkloosheidsverzekering bestond, terwijl bijvoorbeeld Engeland al het *Beveridge-plan* had aanvaard.

Voor het arbeidsrecht en de arbeidsmarktpolitiek was de relatie tussen werkgever en werknemer bij uitstek de band waarlangs men regulering en beïnvloeding kon laten verlopen. De klassieke arbeidsverhouding was in dat opzicht de belangrijkste coördinatie-as, of, anders gezegd, het belangrijkste kanaal. Eigenlijk betrof het niet zozeer, in directe zin, de arbeidsverhouding, maar het werkgeverschap. De meeste verplichtingen en normen, substantieel of eerder fiscaal-administratief, werden geadresseerd aan de werkgever, waarbij deze er dan vervolgens, vanuit de gezagsverhouding en het werkgeverschap, zorg voor moest dragen dat waar nodig ook de werknemer werd aangesproken. Toezicht en handhaving, vooral publiek- en bestuursrechtelijk, denk aan de Arbeidsinspectie, fungeerden daarbij als ondersteunende en corrigerende mechanismen, veelal achteraf.

Het gebruik van dit, soms impliciet gehanteerde format van de arbeidsverhouding willen wij hier niet bekritisieren, dat zou onterecht zijn en geen recht doen aan de praktijk van het arbeidsbestel en de arbeidsmarkt in het verleden. In voorbije jaren paste de arbeidsovereenkomst in veel gevallen uitstekend bij de wijze waarop werd gewerkt, bij de afhankelijkheidsrelatie die, vanuit de werknemer gezien, de arbeidsrelatie veelal was, bij de noodzaak tot bescherming en, ten slotte, bij de manier waarop in een (neo)corporatistisch land als Nederland het socialezekerheidsstelsel en het arbeidsmarktbeleid werden ontwikkeld.

Wij willen het in deze bijdrage hebben over de veranderingen in de basis waarop werkenden hun arbeid verrichten. Onder verwijzing naar het citaat van Drees lijkt het momenteel of de werknemer zijn heil niet alleen buiten de arbeid maar ook buiten de arbeidsverhouding zoekt. Het aantal mensen dat niet in loondienst arbeid verricht, is de afgelopen jaren sterk gegroeid. Vanuit deze constatering willen we vooral vragen oproepen met betrekking tot de grondslagen van het huidige arbeidsrecht en sociale zekerheid en van de regulering van arbeid in bredere zin. Onze centrale stelling, bewust uitdagend geformuleerd, is dat het huis van het arbeidsrecht steeds minder bewoners kent en leegloopt en hetzelfde geldt de cao en andere collectieve of sectorale regelingen. We zullen bezien of de arbeidsverhoudingen niet slechts als kantelend (Reynaerts<sup>2</sup>) of gekanteld (Van der Heijden, c.s.<sup>3</sup>) moeten worden geconceptualiseerd maar zelfs toe zijn aan een volledige herijking en herfundering. Wij willen dus juist vooruit kijken, niet in de laatste plaats omdat SMA ophoudt te bestaan.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 gaan wij in op het groeiende belang en het karakter van zelfstandige arbeid op de arbeidsmarkt en in het bijzonder op de juridische inhoud van de opdrachtovereenkomst en het verschil met de arbeidsovereenkomst. Daarna, in paragraaf 3, beschouwen wij de veranderingen in de collectieve arbeidsverhoudingen en sectorale regelingen. Vervolgens staan wij in de slotparagraaf 4 stil bij mogelijke scenario's en bij een aantal cruciale vraagstukken die in dit licht onvermijdelijk zullen oprijzen.

## **2. De stap buiten de individuele arbeidsovereenkomst: de opdrachtovereenkomst**

In het arbeidsrecht van het BW kennen we, zoals bekend, drie typen overeenkomst op basis waarvan arbeid wordt verricht: (1) de arbeidsovereenkomst van 7:610 e.v., (2) de overeenkomst van aanneming van werk, bijvoorbeeld de bouw van een huis of de verbouwing daarvan (art. 7A: 1639 e.v.) en (3) de hier verder te behandelen overeenkomst van opdracht (artt. 7: 400 e.v. BW).

De wetgever heeft bij de overeenkomst van opdracht voor ogen gehad de situatie dat een opdrachtnemer een min of meer afgeronde werkzaamheid verricht voor de opdrachtgever. Het gaat dan niet om bouwwerken (dat is 'aanneming van werk'), maar om 'onstoffelijke' werkzaamheden. Denk daarbij aan de werkzaamheden van een advocaat, een freelance journalist die een bepaald artikel schrijft, de vertaler die een bepaald stuk vertaalt of de fotograaf die een bruiloft 'vastlegt'. De opdrachtovereenkomst wordt veel gebruikt in 'omroepland'. Veel bekende presentatoren/presentatrices hebben geen arbeidsovereenkomst. Relatief nieuwe toepassingen vindt men in het transport (de zelfstandige trucker met zijn eigen vrachtauto), in de zorg, waaronder de thuiszorg<sup>4</sup> en de verpleging (de zelfstandige ziekenverzorger) en – eveneens zeer veel – in de bouw.

De overeenkomst van opdracht neemt aldus sterk in belang toe. Van het aantal zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) is echter geen algemene registratie voorhanden. Mede daardoor, door definitieverschillen en door de grote variatie in zzp-vormen<sup>5</sup> – er zijn bijvoorbeeld ook zzp'ers die hun zelfstandige werk combineren met parttime werknemerschap – lopen de schattingen over de aantallen zzp'ers nogal uiteen. Dat loopt van circa 300.000 (EIM) tot ongeveer 550.000 (FNV), zo'n 6 à 7 procent van de werkende bevolking in Nederland.<sup>6</sup> Maar hoe ook, de ontwikkeling sinds het eind van de jaren negentig is beduidend geweest. Zo begonnen in 2003 54.000 personen een eigen bedrijf, in 2007 was dit aantal gegroeid naar 102.000. Deze toename is volgens de Kamers van Koophandel vooral te danken aan de snel groeiende groep zzp'ers, die ruim de helft van het aantal starters uitmaakt. In de bouw is inmiddels een kwart zzp'er, in het kleinbedrijf van de bouw zelfs 70 procent

(2006) en in de ingenieurs- en architectenbureaus is dat ruim boven de 50% (CBS, 2007; 2008).<sup>7</sup> En de verwachtingen zijn zeer hoog. Volgens de FNV gaat het aantal zzp'ers naar 1 miljoen in 2010, terwijl L. Hermans van het MKB voor dat jaar zelfs spreekt over ongeveer 2 miljoen zzp'ers.<sup>8</sup>

Inmiddels is er al een aantal organisaties van zelfstandigen ontstaan, ook uit de rijen van de vakbeweging. We noemen hier: FNV Zelfstandigen en Zelfstandigen Bouw. De toename van het aantal zelfstandigen kan voor een deel verklaard worden uit het feit dat werkenden het keurslijf van de arbeidsovereenkomst willen afwerpen. Het kan bijvoorbeeld zijn dat ze arbeid en zorg op eigen wijze willen combineren of dat ze zelf en vaker over hun niet-werktijd willen beslissen. Te denken valt in dit verband aan de opdrachtnemer die stelt dat hij met drie dagen werk gemakkelijk verdient wat hij als werknemer in vijf dagen verdiende en zo vier dagen 'weekeinde' heeft. De 'vrije werker' dus. Voor een ander deel is de toename te verklaren vanuit een lastige arbeidsmarkttechnische positie, bijvoorbeeld die van oudere werknemers, met name 50-plussers. Om uiteenlopende redenen zijn werkgevers niet (meer) bereid oudere werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst aan te nemen, onder meer uit angst dat die werknemers vaker en langer ziek zijn, een aanname die overigens niet wordt gestaafd door empirisch onderzoek. Voor sommige minderheden gelden weer andere belemmeringen. Zeker als men vanuit een werkloosheidssituatie aan de slag moet zien te komen, is het zzp'er-schap vaak een *last resort*-optie.

Voor opdrachtgevers zijn opdrachtnemers uit kosten oogpunt doorgaans zeer aantrekkelijk. Vaak zijn de kosten van een opdrachtnemer aanzienlijk lager dan die van een werknemer omdat er immers geen cao's en/of pensioenregelingen van toepassing zijn en er evenmin werkgeverslasten sociale zekerheid moeten worden afgedragen. Sterker nog: de opdrachtnemer heeft rehtens nauwelijks aanspraken ten aanzien van zijn minimumbeloning (zie ook hierna). Het materiële aspect is zeker ook van belang voor de productieve, vakbekwame en gezonde zzp'er die netto aanzienlijk meer geld over kan houden dan de vergelijkbare werknemer in loondienst, zeker als verzekeringen en reserveringen voor arbeidsongeschiktheid en pensioen voor langere tijd worden uitgesteld. In deze sfeer ligt dan ook een belangrijk motief voor de werkgever en de opdrachtnemer om in ieder geval *in constructie* een opdrachtovereenkomst aan te gaan, waar de facto geen andere relatie bestaat dan die van een arbeidsovereenkomst.

Ten slotte moet niet uitgesloten worden dat veel van de inschrijvingen bij de Kamer van Koophandel staan voor zelfstandigen die wel willen werken, maar (nog) geen opdracht(en) hebben.

We schetsen in de volgende paragraaf kort het wettelijk kader van de opdrachtovereenkomst. In de daarna volgende paragraaf proberen we het verschil tussen opdrachtovereenkomst en arbeidsovereenkomst te duiden, met name de jurisprudentie daarover.

#### *De opdrachtovereenkomst, de wettelijke regeling*

Bij een overeenkomst van opdracht zijn er twee partijen, de opdrachtgever en de opdrachtnemer.<sup>9</sup> Bij een overeenkomst van opdracht is de opdrachtgever geen loondoorbetaling verschuldigd als de opdrachtgever niet werkt en/of ziek is. Voor zover hierna niet anders aangegeven, zijn de aanspraken die de wetgever de werknemer in boek 7, titel 10 biedt, niet aan de orde.

De opdrachtnemer verbindt zich tot het verrichten van werkzaamheden 'anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst'. De opdrachtgever is bevoegd om aanwijzingen te geven over de uitvoering van de opdracht. Als de opdrachtnemer het daar op redelijke gronden niet mee eens is, kan hij de overeenkomst opzeggen. De opdrachtnemer kan bedingen dat een ander in zijn plaats de opdracht (ook) mag uitvoeren. Als de opdrachtnemer het werk voor zijn beroep of bedrijf is aangegaan, is de opdrachtgever 'loon' verschuldigd. Het staat partijen in beginsel vrij welk loon zij

afspreken.<sup>10</sup> De ondergrens is het wettelijk minimumloon in geval betrokkene niet meer dan twee andere opdrachtgevers heeft.

Ook moet de opdrachtgever aan de opdrachtnemer zijn 'onkosten, verbonden aan de uitvoering van de opdracht' voldoen. Die aanspraak bestaat niet als de onkosten al verdisconteerd zijn in het loon. De wet zelf definieert het begrip onkosten niet. De opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst tussentijds opzeggen. Hij heeft dan wel een ontslagvergunning nodig, tenzij de opdrachtnemer 'in de regel' werkzaam is voor meer dan twee andere 'werkgevers'.<sup>11</sup> De opdrachtnemer moet dus ten minste drie opdrachtgevers hebben, wil er geen ontslagvergunning nodig zijn. De BBA-besluitgever stelt daarmee dat in termen van beschermwaardige arbeidsverhoudingen de 'echte' zelfstandige die niet hoeft te hebben.<sup>12</sup>

Voor wat betreft de 'collectiefrechtelijke' aspecten: onlangs liet de Nederlandse Mededingingsautoriteit in een visiedocument weten, dat in cao's (zoals op dat moment het geval was in de Metaal-cao) geen tariefafspraken voor zelfstandigen mogen worden gemaakt. Uit de hoek van de vakbeweging, c.q. van een vertegenwoordiging van opdrachtnemers, kan dus – naar het lijkt – maar moeilijk invloed uitgeoefend worden op het loon van een zelfstandige.<sup>13</sup> Opmerkelijk is echter dat artikel 1 onder 2 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, daterend van 1927 en artikel 2 lid 4 van de Wet op het algemeen verbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, daterend van 1937, nog steeds voorzien in de mogelijkheid van collectieve regelingen voor overeenkomsten van opdracht. In deze bijdrage aan de laatste SMA houden wij het erop dat deze kwestie nog niet beslist is. Het is niet uitgesloten dat het Europeesrechtelijk geïnspireerde standpunt van de Mededingingsautoriteit het uiteindelijk wint van het klassieke beschermingsargument in arbeidsverhoudingen. Het zou in ieder geval interessant zijn deze kwestie uit te procederen tot op het niveau van het Europese Hof van Justitie.

Ten slotte, met dit alles wil niet gezegd zijn, dat in het geheel geen 'arbeidsrecht' op de zzp'er van toepassing is. Naast artikel 6 BBA, zoals hierboven vermeld, is ingevolge artikel 1 lid 2 van de Arbeidsomstandighedenwet de opdrachtgever de 'werkgever' in de zin van die wet. De werkgever dient dus ook jegens de zelfstandige zorg te dragen voor goede arbeidsomstandigheden.<sup>14</sup> In het verlengde daarvan, ook de aansprakelijkheidsregels voor ongevallen en dergelijke, ingevolge artikel 7:658a lid 4, lijken onverkort van toepassing voor de zzp'er.<sup>15</sup> Minder belangrijk is dat ook de (schriftelijke) informatieplicht van de opdrachtgever over de kernarbeidsvoorwaarden (artikel 7:655 lid 6) van toepassing is in de relatie opdrachtgever/zzp'er.

Evenmin wil gezegd zijn dat het sociale zekerheidsrecht in het geheel niet van toepassing is op de opdrachtnemer. Afgezien van de situatie dat er een VAR-WUO verklaring is afgegeven (zie daarover de volgende paragraaf), zal een opdrachtnemer die minder dan drie opdrachtgevers heeft, doorgaans een al dan niet fictieve dienstbetrekking hebben in de zin van de artikelen 3, 4 en 5 van de Werkloosheidswet en de Ziektewet met de daarbij behorende plicht tot premieafdracht. De Centrale Raad van Beroep neemt – veel gemakkelijker dan de Hoge Raad (zie de volgende paragraaf) – bij enigerlei economische afhankelijkheid en instructiebevoegdheid van de kant van de opdrachtgever een (fictieve) dienstbetrekking aan.<sup>16</sup>

Samenvattend is te stellen is dat in de hele titel over de opdracht nauwelijks beschermende regels te vinden zijn, die de opdrachtnemer beschermen, zoals we die kennen uit het arbeidsrecht. 'Vrijheid, blijheid', zou men kunnen zeggen. De zelfstandige die voor minder dan drie opdrachtgevers werkzaam is, geniet wél de ontslagbescherming van art. 6 BBA als de opdrachtgever de opdrachtovereenkomst tussentijds wil beëindigen.

*Het verschil tussen opdrachtovereenkomst en arbeidsovereenkomst*

In deze paragraaf wordt de vraag behandeld welke verschillen er zijn tussen een opdrachtovereenkomst en een arbeidsovereenkomst. Cruciaal daarbij is de rechtspraak van vooral de Hoge Raad in zaken waarin de opdrachtovereenkomst operationeel (dicht) tegen de arbeidsovereenkomst aan ligt.<sup>17</sup>

Volgens Loonstra en Zondag<sup>18</sup> gebruikt de HR het volgende 4-stappenplan:

- I. wat stond partijen voor ogen, mede in aanmerking genomen de wijze waarop ze feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven;
- II. niet één kenmerk is doorslaggevend; het geheel van de verschillende rechtsgevolgen dienen in hun onderlinge verband te worden gezien;
- III. als partijen geen arbeidsovereenkomst hebben beoogd (gezien I en II) is er dan toch niet sprake van een zodanige gezagsverhouding dat niettemin van een arbeidsovereenkomst moet worden gesproken?
- IV. wat is de maatschappelijke positie van de betrokken partijen: hoe zwakker de 'opdrachtnemer/werknemer' des te eerder wordt – gegeven de feitelikheden – een arbeidsovereenkomst aangenomen.<sup>19</sup>

We plaatsen vier opmerkingen bij dit stappenplan.

In de eerste plaats bepaalt artikel 7:610a BW dat er het vermoeden is van een arbeidsovereenkomst als iemand ten behoeve van een ander gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende ten minste 20 uur per maand arbeid verricht. Deze bepaling is in de wet gekomen ter gelegenheid van de wet Flexibiliteit en Zekerheid en beoogt de werknemer op (bewijsrechtelijke) voorsprong te zetten als hij gedurig voor een werkgever werkzaam is. De implicatie daarvan is, dat ingeval van discussie over de vraag of er sprake is van een overeenkomst van opdracht of niet, de opdrachtgever zal moeten aantonen dat die bestaat.

Opdrachtnemers van hun kant kunnen groot belang hebben bij de claim op een arbeidsovereenkomst als zij niet meer kunnen werken door bijvoorbeeld ziekte en doorbetaling van 'loon' wensen.

In de tweede plaats is ondergeschiktheid op zichzelf niet doorslaggevend als het gaat om de vraag of er sprake is van een opdracht- of arbeidsovereenkomst. Zoals we in de vorige subparagraaf al hebben aangegeven, is de opdrachtgever bevoegd tot het geven van aanwijzingen voor de arbeid. Dat is – naast andere zaken – evenwel precies de kern voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst. In een aantal casus, die door de HR beoordeeld zijn, ziet men wel het tegenovergestelde aspect een doorslaggevende rol spelen om een opdrachtovereenkomst aan te nemen, namelijk is de opdrachtnemer echt vrij (gebleken in de praktijk van de overeenkomst) om al dan niet te verschijnen en zijn werk in te richten en heeft hij die vrijheid benut? Is dat geval, dan is er niet snel sprake van een arbeidsovereenkomst.<sup>20</sup> Samengevat, de mate van instructiebevoegdheid zal in de arbeidsovereenkomst doorgaans 'breder' zijn dan bij de opdrachtovereenkomst. Bij gebrek eraan zal doorgaans snel(ler) sprake zijn van een opdrachtovereenkomst. Stap III van Loonstra en Zondag lijkt daarmee niet relevant.

In de derde plaats zullen bij de inrichting van de uitvoering van de opdrachtovereenkomst door opdrachtgever en opdrachtnemer in ieder geval alle elementen van de uiterlijke verschijning van een opdrachtovereenkomst in acht genomen moeten worden. Dan gaat het in de eerste plaats over de overeenkomst zelf, waarin de opdracht wordt gedefinieerd. In de tweede plaats is essentieel dat de opdrachtnemer periodiek declareert, zulks niet doet als er niet gewerkt wordt, vervolgens de declaratie uitbetaald krijgt (inclusief BTW!), geen loondoorbetaling ontvangt bij ziekte, geen betaald vakantieverlof, etc. Dat ging 'mis' in een casus van een thuiszorgdirecteur en zijn BV die met de instelling waar hij werkte had afgesproken op een opdrachtovereenkomst werkzaam te zijn. Zijn 'loon' ging mee met de gewone loonrun voor het personeel. De HR nam met name vanwege die omstandigheid een arbeidsovereenkomst aan en legde derhalve de verplichting op om pensioenpremie te betalen aan het PGGM.<sup>21</sup>

In de vierde plaats is er de kwestie van de maatschappelijke positie/economische afhankelijkheid. Boot acht dat aspect steeds doorslaggevend.<sup>22</sup> Het is voor het eerst voluit aan de orde gekomen in het arrest Groen/Schoevers.<sup>23</sup> De casus hiervan is dat een zelfstandig werkzame belastingadviseur jarenlang op declaratiebasis voor een beperkt aantal uren werkzaam is als docent bij Schoevers. Hij verzoekt nooit om vakantiegeld, etc. De wijze van betaling is zijn initiatief. Anders gezegd, Groen heeft een sterke maatschappelijke positie en de werkwijze ten aanzien van declaratie en betaling is volstrekt 'geloofwaardig', ook vanuit Groen's positie als zelfstandig adviseur. Daarom wordt de claim van een arbeidsovereenkomst afgewezen. In het arrest over de (inkomensafhankelijke) beurspromovendi<sup>24</sup> neemt de HR wel een arbeidsovereenkomst aan en geen overeenkomst van opdracht. In het vonnis van de Rechtbank, dat de HR in stand laat, is van groot belang dat de universiteit "zowel werkinhoudelijke als werkdisciplinaire instructies" kon geven. Ook waren er afspraken over ziekmelden en vakantie, zodat – al met al – een arbeidsovereenkomst werd aangenomen. De maatschappelijke positie/economische afhankelijkheid van de beurspromovendi wordt niet met zoveel woorden in de overwegingen betrokken. Ook in eerdere rechtspraak lijkt de maatschappelijk zwakke positie als zodanig, nauwelijks een rol te spelen. Te denken is daarbij aan het beroemde arrest over de stripteasedanseres:<sup>25</sup> zij mocht haar nummer zelf inrichten en was dus een zelfstandige. Het is daarmee eveneens de vraag of de IVE stap van Loonstra en Zondag wel zo relevant is.

Al met al, in het voetspoor van de conclusie van AG Verkade bij een arrest over deze materie van 2006<sup>26</sup> stelt menig schrijver onzes inziens terecht dat het bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, in wezen gaat om de beoordeling van alle omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang bezien.<sup>27</sup> In het model van Loonstra en Zondag blijven zo alleen de stappen I en II als relevant over. In het sociaalzekerheidsrecht en in het belasting recht kent men met de VAR-WUO-verklaring: de fiscus verklaart op voorhand dat betrokkene geen (fictieve) dienstbetrekking heeft. De opdrachtgever is daarmee zeker dat hij voor de periode waarvoor de verklaring is afgegeven, niet het risico loopt toch premiebetalingen te moeten voldoen.

Het arbeidsrechtelijk onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst en een opdrachtovereenkomst is fluïde. De partijbedoeling, zoals blijkend uit (op schrift gestelde) afspraken, is zeker van groot belang. De feitelijke praktijk echter is minstens zo relevant. Zondag drukt zich – elders dan in het stappenplan – in dit opzicht plastisch en bepaald relativerend uit: "*you know it's an elephant when you see one.*"<sup>28</sup>

### **3. De stap buiten het collectieve systeem van arbeidsverhoudingen**

Aan de basis van de opschaling van de individuele arbeidsverhouding naar collectieve arbeidsverhoudingen liggen de onderscheiden posities van werkgever en werknemer in de onderneming. Zo was het en zo is het nog steeds. De zwakke, afhankelijke positie van 'arbeiders' tegenover de ondernemer/werkgever is richtinggevend geweest voor de sociale en politieke ordening in de vorige eeuw. Overall in de westerse wereld ontstonden institutionele verbanden die de autonomie van de individuele werkgever inperkten en bescherming boden aan werknemers.<sup>29</sup> Een sterkere arbeidsmarktpositie van een steeds groter aantal werkenden zal ongetwijfeld tot een andere institutionele figuratie leiden.

*De institutionele opbouw in Nederland*

Ondersteund door wetgeving groeide de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) in de jaren voor de Tweede Wereldoorlog uit tot de kern van de collectieve arbeidsverhoudingen. In de cao kon in principe over elk onderwerp van werk en loon afspraken worden gemaakt. Maar in de praktijk ontstond de situatie dat de werkgever de organisatie van de arbeid bepaalde en dat met vakbonden over de arbeidsvoorwaarden werd onderhandeld. Veel cao's werden per onderneming afgesloten, maar geleidelijk kwamen er meer bedrijfstak-cao's. Daarmee werden de ruilaspecten van de arbeid naar buiten de onderneming verlegd en werd de relatie tussen loon en werk(prestatie) diffuser.

Na de oorlog was er een brede consensus om conflicterende sociale belangen te beheersen via een centralistische structuur. Landelijke overleg- en adviesorganen, coördinatielijnen binnen en tussen organisaties alsook classificatiesystemen voor loonverschillen zorgden voor een hecht institutioneel geheel. Jarenlang bepaalde de overheid, geadviseerd door de centrale organisaties, de loonontwikkelingen, ver weg van sectoren en bedrijven en zeker van de werkvloer.<sup>30</sup> De ledentallen van de vakorganisaties groeiden naar 40 procent van de afhankelijke beroepsbevolking en de dekkinggraad van de overwegend bedrijfstak-cao's naar zo'n 70 à 80 procent. Aldus gold voor het collectieve stelsel van arbeidsverhoudingen lange tijd:

- een sterke centrale sturing/coördinatie,
- institutionele integratie,<sup>31</sup>
- overwegend bedrijfstak-cao's met vaak een standaardkarakter, met als gevolg:
- collectivistische en uniformistische regelgeving.

#### *Veranderingen in het systeem*

Rond 1980 begint het schip van de collectieve arbeidsverhoudingen te zwenken.<sup>32</sup> Aan de basis hiervan liggen drie normverschuivingen. Leidend als idee, ten eerste, is de sterkere nadruk op de markt als coördinatie-instrument. Inhoudelijk komt er, ten tweede, binnen arbeidsvoorwaardenvorming en wetgeving een sterke nadruk op werk boven inkomen. Loon en werk(gelegenheid) moeten meer in samenhang met elkaar worden gebracht. Ten derde, de nadruk op werk en marktwerking wordt in toenemende mate vormgegeven door decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming. Daarmee komt er meer verantwoordelijkheid en keuze voor de lagere niveaus.

Deze normverschuivingen eroderen geleidelijk de gegeven kenmerken. Zo geeft, ten eerste, de overheid formeel haar directe invloed op de loonvorming prijs, maar probeert die via indirecte methoden terug te krijgen. Om loonmatiging te verzekeren wordt het centrale overleg regelmatig bezwaard door dreigingen wettelijke maatregelen te nemen.<sup>33</sup> Dat heeft soms ook effect, hoewel de loonontwikkelingen steeds meer in de sectoren en bedrijven worden bepaald.

Ten tweede boet de institutionele integratie aan betekenis in. Dat is zichtbaar in de verminderde betekenis van de SER en in de scherpere scheiding van publieke en private verantwoordelijkheden. De belangenorganisaties rond arbeid komen op grotere afstand van het politieke niveau. Ze worden ook geweerd uit beleidsgebieden als de sociale zekerheid, waar eveneens wordt aangestuurd op een grotere 'zelfverantwoordelijkheid' van werknemers voor werk en inkomen. Sociale partijen gaan steeds meer terug naar hun oorspronkelijk werkterrein: collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden. Daar wordt vanaf ongeveer 2000 de onderlinge concurrentie tussen vakbonden groter, mede door de komst van werkgeversvriendelijke vakbondjes.

Ten derde, de organisatiegraad van de vakbeweging neemt af van 40 procent rond 1980 naar minder dan 24 procent van de afhankelijke beroepsbevolking in 2007.<sup>34</sup>

De redenen lopen uiteen: van een veranderende productiestructuur, toename van deeltijd- en tijdelijke banen, verminderde belangstelling van jongeren, tot veranderde opvattingen tegenover collectieve regulering. Met de ontwikkelingen in de loonvorming en wettelijke regelingen voor meer zelfregulering op lagere niveaus



(*empowerment*),<sup>35</sup> leidt dit tot meer decentralisatie van het collectieve systeem. Behalve splitsingen van een aantal grote cao's in ondernemings-cao's gaat het er hier vooral om de geleidelijke openstelling van bedrijfstak-cao's voor specifieke toepassingen in (sub)sectoren en bedrijven. De standaard-cao overleeft nog slechts in enkele bedrijfstakken. Maar opvallend is wel dat de loonontwikkelingen hierbij grotendeels buiten schot blijven. De decentralisatie krijgt vooral betekenis door de 'andere' arbeidsvoorwaarden, die geleidelijk in aantal toenemen (scholing en werkgelegenheid, flexibilisering en employability, arbeid en zorg en kinderopvang, persoonlijke ontwikkelingsplannen en à la carte-regelingen).<sup>36</sup> De decentralisatie, ten vierde, leidt weg van de collectivistische en relatief uniforme regelgeving. Nieuwe lage loonschalen, meer flexibiliteitsafspraken en prestatiecriteria in beloningsvormen verhogen de differentiatie in arbeidsvoorwaarden. De decentralisatie en de flexibele beloningen raken aan de regelingskracht van de cao. De uitwerking van flexibele beloning valt immers buiten haar bereik en die van de vakbonden. En daarmee worden werk en loon weer nauwer op elkaar betrokken. Dat past bij organisatieveranderingen waarbij meer flexibiliteit wordt gekoppeld aan grotere regelbevoegdheden van werknemers. *High performance* en *high commitment* komen hier samen, maar dat heeft volgens Tissen c.s. wel als prijs gehad dat de begrippen loyaliteit en prestatie zijn veranderd.<sup>37</sup> Dat geldt wellicht bij uitstek voor de vanaf halverwege de jaren negentig sterk opkomende groep zzp'ers. Daarmee zijn we bij de volgende paragraaf.

#### *Naar een ander systeem van arbeidsverhoudingen?*

De recente snelle toename van het verschijnsel zzp'er – een ontwikkeling die ook in andere landen valt waar te nemen – roept ook de vraag op naar de betekenis ervan voor de (collectieve) arbeidsverhoudingen. Denkbaar is dat de zelfstandig werkenden op de een of andere manier worden geïntegreerd in het bestaande collectieve kader, wat passend lijkt voor die zzp'ers die niet uit vrije keuze het werknemerschap hebben verlaten en sterk afhankelijk zijn van een enkele opdrachtgever.<sup>38</sup> Maar er is, zoals al benadrukt, ook een grote groep die zelf voor het zzp'er-schap heeft gekozen. We nemen nu als werkhypothese aan dat het verschijnsel – nu nog vooral in bepaalde arbeidsintensieve sectoren – in de komende jaren ook in andere sectoren sterk toeneemt en wel zodanig dat de 'onafhankelijke' zzp'er in de arbeidsverhoudingen gaat overheersen. In een dergelijk scenario verbleekt de klassieke tegenstelling tussen kapitaal en arbeid, zowel waar het gaat om materiële verdelingskwesties als wat betreft de autonomie in het werk. De vraag is nu wat dat postindustriële perspectief zou kunnen betekenen voor de (Nederlandse) collectieve arbeidsverhoudingen.

Een kernpunt van verandering is dan dat steeds minder lonen collectief bepaald worden: de cao loopt als het ware leeg. Er komen voor de tegenprestaties voor werk immers meer individuele overeenkomsten, die per definitie meer marktelementen bevatten, meer flexibel zijn en van relatief beperkte duur. Voor de overblijvende werknemers – mogelijk de groepen die vooral substituten van elkaar zijn en nogal wat werknemers in de publieke dienst – blijft organisatie en cao-vorming mogelijk, al is hier verzwakking van hun positie vis-à-vis de werkgever(s) waarschijnlijk. Ook is verdere decentralisatie via het opknippen van sector-cao's in kleinere lokale en/of ondernemings-cao's goed denkbaar.

Voor de vakbond zoals we die nu kennen, dreigt verlies van haar meest essentiële functie, de loonvormingsfunctie. Een geringer ledental verzwakt haar organisatiemacht tegenover de werkgever, wat collectieve onderhandelingen en het uitvechten van arbeidsconflicten lastiger maakt. Haar positie zal ook afhangen van de mate waarin cao-lonen voor werkgevers afwijken van gemiddelde geldelijke zzp-afspraken. Het gevaar van *downsizing* van de wel eens door werkgevers als 'kerstboom' betitelde cao is niet ondenkbeeldig, evenals de mogelijkheid dat voorbij

een kritische grens van aantallen zzp'ers, de verschijnselen 'werknemer' en 'vakbond' ophouden te bestaan, zeer ten detrimente overigens van de nog vele relatief zwakke 'werkers'.

Een groot aantal zzp'ers doorbreekt het gelijke sectorale speelveld van loonkosten dat de vakbonden in het verleden konden bieden. Zo'n speelveld zou nog denkbaar kunnen zijn in tijden van grote spanningen op de arbeidsmarkt, maar in dat geval is juist een grote uittocht richting zzp'er-schap meer realistisch. De ordening van sectoren en deelarbeidsmarkten via de loonvorming zal steeds meer overgelaten worden aan de coördinatie van de markt. Het algemeen verbindend verklaren van cao's (avv) lijkt dan niet langer een bruikbaar instrument, behalve misschien voor kwetsbare sectoren, als daar ten minste 55 à 60 procent van de werknemers bij een door de cao gebonden werkgever werkt.<sup>39</sup>

Een andere consequentie van het veronderstelde zzp-perspectief is dat ook het huidige institutionele coördinatiemechanisme in duigen valt. In het centrale overleg valt niet veel meer te bespreken. De vakbeweging kan niet meer leveren – geen loonmatiging en geen gelijk speelveld qua arbeidsvoorwaarden in bedrijfstakken – terwijl de werkgeverscentrales de druk zullen voelen de 'prijsvorming' van werk aan haar leden te laten. Daarmee verliest de vakbeweging ook steeds meer institutionele macht. Het is een uitkomst die los van de ontwikkeling van zzp'ers ook kan intreden als de decentralisatie van de collectieve arbeidsverhoudingen krachtig doorzet en de betekenis van nieuwe (kleine) bonden sterker wordt.

Bij dit alles is toenemende loonconcurrentie binnen de overgebleven groepen werknemers waarschijnlijk. Die kan zowel opwaarts als neerwaarts zijn, afhankelijk van het structurele en conjuncturele karakter van de arbeidsmarkt en van de mate waarin bepaalde werknemerskwaliteiten gewenst zijn. Maar tegelijk wordt loonconcurrentie beperkt doordat werkenden door verschillen in kennis, vaardigheden en competenties minder uitwisselbaar zijn. Het inkomensbeeld zal diverser en naar werknemer/zzp'er gedifferentieerder zijn dan nu. De grotere diversiteit van werknemers/zzp'ers maakt tevens de mobilisatiemacht van de vakorganisaties kleiner.

In het gegeven perspectief valt de onderschikkingsrelatie voor veel werkenden weg. De relatie met de werkgever/opdrachtgever wordt instrumenteler en die met het werk professioneler. Daarbij is er een veel directere relatie tussen loon en werk(prestatie) dan in het cao-stelsel het geval is. De meeste beschermingsregels worden overbodig of krijgen een andere inhoud, bijvoorbeeld globaler, meer faciliterend of ter preventie van bepaalde gebeurtenissen. Dat geldt voor de huidige werknemersverzekeringen – voortaan per onderhandeling als individuele zekerheid te realiseren of te verzekeren bij een verzekeringsmaatschappij of via een collectieve vangnetconstructie – voor medezeggenschapswetgeving, voor arbeidsmarktinstuties en voor tal van werkgeversverplichtingen. Niettemin zal er in een wereld van werkgevers en zzp'ers ook behoefte blijven aan regels voor het onderlinge verkeer en ter zekerstelling van bepaalde risico's.

Ronduit fnuikend zullen de gevolgen van het geschetste zzp-perspectief zijn voor de bestaande (sociale zekerheids)regelingen ingeval van arbeidsongeschiktheid, werkloosheid en ouderdom. Het aantal premieplichtigen neemt af, terwijl dat niet of nauwelijks geldt voor het aantal rechthebbenden. Vooral de pensioenfondsen kunnen in zwaar weer komen, zeker als men ook nog rekening houdt met de vergrijzing en de ontgroening van de beroepsbevolking. De fondsen zullen leeglopen, waarbij het niet duidelijk is of voor de laatste cohorten nog een aanvullend pensioen wacht. Maar dat geldt ook voor de zzp'ers. Ook voor het merendeel van hen geldt (momenteel) dat er nauwelijks geld voor de oude dag opzij is gezet.

Het is dan ook denkbaar dat een (beroeps)organisatie van zzp'ers het onderhandelingsstokje van vakbonden voor een deel gaat overnemen door per sector, (grote) onderneming of voor een lokale groep zzp'ers bepaalde collectieve goederen vast te leggen. Niet ondenkbaar is ook dat zo'n organisatie zelfs tarieven

probeert vast te leggen voor bepaalde soorten werk. Zeker als het aantal zzp'ers snel toeneemt, kan een sterke behoefte ontstaan al te veel onderlinge concurrentie uit te schakelen. Voor de ondernemers kunnen hierin weer transactiekostenvoordelen schuilen. Zoals in paragraaf 2.1 aangegeven is het echter nog geen uitgemaakte zaak of een dergelijke collectieve tarievenovereenkomst mogelijk is of wordt. Maar los daarvan lijkt het eerder aannemelijk dat collectieve onderhandelingen over zzp-tarieven beperkt zullen blijven.<sup>40</sup> Als het zzp-fenomeen in toenemende mate alle sectoren bereikt, worden de individuele kennis en competenties voor de tegenprestaties steeds doorslaggevend voor het 'loon'.

Edoch, transactiekosten zullen uiteindelijk de grens trekken tot waar ondernemingen en sectoren met individuele contracten kunnen en willen gaan. In het verlengde daarvan, betrokkenheid bij de organisatie en de plaats van het werk in het grotere geheel evenals goede onderlinge werkverhoudingen zijn van onmisbaar belang, ook voor de productiviteit en het innovatievermogen van arbeidsorganisaties. Een bedrijf vol mogelijk snel wisselende en instrumentele zzp'ers zal daarvoor niet kunnen zorgen. Niettemin wordt ook van de 'werknemers' verwacht dat zij hun 'employability' op niveau brengen en houden en dat zij, zoals Wolfgang Streeck stelt, zich gaan gedragen als *Arbeitskraftunternehmer*.<sup>41</sup> Verder maken de grote mondiale ontwikkelingen, waaronder ook de kredietcrisis, en de noodzaak snel op veranderende concurrentiële verhoudingen te anticiperen de behoefte groter om ook voor zzp'ers een goede balans tussen flexibiliteit en zekerheid te zoeken. Zij kunnen snel door omstandigheden veranderen in relatief zwakke werkers, al was het alleen al door ouder te worden. Het is realistisch aan te nemen dat de collectieve arbeidsverhoudingen veranderen, maar minder snel en met behoud van meer regels en organisatie dan hiervoor geschetst. In het studiegebied arbeidsverhoudingen zullen de arbeidsverhoudingen – werkgevers, werknemers en zzp-ers – op bedrijfsniveau meer in de schijnwerpers komen te staan, minder de collectieve arbeidsverhoudingen. Dat sluit aan bij wat in het Engelstalig wetenschapsgebied de *Employment Relations* wordt genoemd, volgens Bruce Kaufman het theoretisch af te bakenen gebied tussen (spot)markt en de (hiërarchische) organisatie.<sup>42</sup>

#### 4 Slotbeschouwing en vooruitblik

Als we de mogelijke ontwikkelingen en de analyses uit het voorgaande doortrekken, is een scenario voorstelbaar met verstrekkende gevolgen. De regeling van de individuele en collectieve arbeidsverhouding kan op termijn een nog maar gedeeltelijk bewoond huis blijken: de regels, instituties en vertegenwoordigende organisaties bestaan nog steeds maar hebben geen betrekking meer op een groot deel van de werkende bevolking, waardoor steeds moeilijker aan de representativiteitseisen kan worden voldaan.<sup>43</sup> Datzelfde deel van de bevolking kan dan meer naar eigen wens op de arbeidsmarkt opereren, in een aantal gevallen daarmee een hoger netto inkomen overhouden, maar *mutatis mutandis* op een aanzienlijk lager niveau van (arbeidsrechtelijke) bescherming rekenen. Het huidige stelsel van socialezekerheidsstelsel kan afbrokkelen, omdat het aantal premiebetalers en daarmee het draagvlak navenant afneemt.<sup>44</sup> De sleutel voor een beschouwing van de arbeidsverhouding(en) is dan niet langer uitsluitend de loonafhankelijke positie van werkenden, maar ook en steeds meer de zelfstandige activiteit van die werkenden en hun arbeid, evenals de rechtsontwikkeling en institutionele vormgeving die daarbij hoort. Dat kan een paradigmawisseling worden genoemd.

Is hiermee dan eindelijk de emancipatie van de arbeider voltooid? Een verstrekkende conclusie zou kunnen zijn dat de kern van de arbeidsverhouding in de toekomst niet zozeer is gelegen in de blijvende verhouding tot een andere persoon, in casus de

werkgever, maar in de verhouding van de arbeidverrichtende persoon tot zijn eigen arbeid. Deze wellicht wat filosofische stelling ontleen wij niet aan de postmoderne sociologie, maar aan het werk van Tilburgse hoogleraar Frans van der Ven, die in op 5 oktober 1938, zeventig jaar geleden, in zijn openbare les "Critische inleiding tot de systematiek van het arbeidsrecht" stelde dat het niet moeilijk in te zien is "dat het arbeidsrecht ontspruit uit de arbeidsverhouding, die primair is een verhouding van den arbeidenden mensch tot het doel van zijn arbeid".

Vanuit een geheel ander perspectief zou kunnen worden gesteld dat we binnenkort weer terug zijn in het tijdperk van *employment at arm's length*, zoals de Amerikanen dat noemen, en dat het tijdperk van loondienst en arbeidsovereenkomst een historische anomalie is gebleken.<sup>45</sup>

Wat kunnen we realistisch gesproken verwachten? De verwachting is allerwegen dat de groei van het aantal zelfstandig werkenden vooralsnog niet zal stoppen. Het is wel de vraag wat het effect van de huidige financiële crisis en naderende recessie zal zijn. Zzp'ers hebben immers, gelijk uitzendkrachten, een minder stevige positie binnen het bedrijf en kunnen in tijden van economische neergang als eersten de arbeidsorganisatie moeten verlaten. De voordelen van zzp'er-schap, zowel voor de inhurende organisatie als de zzp'er zelf bestaan in beginsel bij de gratie van een (grotere) groep werkenden in loondienst. Alleen om die reden is het niet waarschijnlijk dat de contractant de werknemer op de arbeidsmarkt volledig zal vervangen. Bovendien, zoals de econoom en Nobelprijswinnaar Ronald Coase in zijn *theory of the firm* duidelijk heeft beargumenteerd, is het voor bedrijven niet efficiënt om alle arbeid steeds op de zogenoemde *spot market* in te kopen.<sup>46</sup> Het voordeel van de arbeidsovereenkomst is voor de werkgever dat hij de werknemer een scala van opdrachten kan geven en het (arbeids)contract niet tot in detail hoeft in te vullen. Dat geeft dus ook flexibiliteit.

Wat wel te voorspellen is, is dat de positie van zelfstandig werkenden meer aandacht zal krijgen en dat deze groep meer basiszekerheden zal krijgen of zelf zal gaan organiseren.<sup>47</sup> Dit ondanks het feit dat zzp'ers zelf het risico van zelfstandige arbeid nemen en ondernemen als een essentieel aspect van hun activiteiten zien.<sup>48</sup> Deze ontwikkeling heeft vooral te maken met de zogenoemde wet van de grote aantallen. Eerder zagen wij dat de groei van het aantal deeltijdwerkers en ook die van de groep uitzendkrachten ertoe leidden dat er meer en betere regelingen kwamen voor deze arbeidskrachten. Niet alleen de voordelen, maar ook de nadelen van het werken buiten de arbeidsovereenkomst zullen meer in beeld komen. Zo is niet uit te sluiten dat de groep zzp'ers die de afgelopen jaren is gestart, gemiddeld op een leeftijd van 46 jaar, over 15 tot 20 jaar zal constateren dat hun pensioensituatie, of eerder hun situatie bij arbeidsongeschiktheid veel minder rooskleurig is dan gedacht. Dit kan leiden tot spijtoptanten en 'weduwen aan de poort' situaties. Een grote groep zelfstandig werkenden regelt namelijk de inkomensverzekering in beide situatie niet tijdig of voldoende, deels uit kostenbesparing, deels door onvoldoende kennis en voorlichting en deels doordat zij niet worden geaccepteerd door verzekeraars.<sup>49</sup> In dit verband is het bovendien een prangende vraag hoe en in welke mate zelfstandig werkenden de idee van een leven lang leren gestalte geven, omdat zij in de regel geen gebruik kunnen maken van scholingsregelingen op sectoraal of bedrijfsniveau. We zien al een voorzichtige beweging naar meer rechten of aanvullende regelingen voor de groep in kwestie, ook al werd een eerdere arbeidsongeschiktheidsregeling, de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ) in 2004 afgeschaft, mede doordat de doelgroep de verzekering financieel niet aantrekkelijk vond. Op het terrein van de arbeidsbescherming, dat wil zeggen, de Arbo-wetgeving en de regeling voor de aansprakelijkheid van de opdrachtgever, dient de aansprakelijkheidsregeling van 655 lid 6 BW ook in de titel van de opdracht opgenomen te worden.<sup>50</sup> Vrouwelijke zelfstandigen krijgen een wettelijk recht op een zwangerschaps- en bevallingsuitkering van minimaal zestien weken, een recht waarvoor noch de vorige noch de huidige minister van Sociale Zaken en

Werkgelegenheid direct warm liep.<sup>51</sup> De uitkering in de zogeheten Zelfstandig en Zwanger-regeling (ZEZ-regeling) bedraagt maximaal het wettelijk minimumloon. Ook is onlangs besloten dat zelfstandige ondernemers die na de start van hun bedrijf zijn geweigerd voor een reguliere arbeidsongeschiktheidsverzekering zich tussen 1 november 2008 en 1 februari 2009 kunnen melden voor een zogenaamde 'vangnetregeling'.<sup>52</sup> Bovendien heeft de Commissie Arbeidsparticipatie in haar advies een 'werkverzekering' voorgesteld, waarop in de derde fase, de voorziening voor werk en inkomen, ook zelfstandigen een beroep kunnen doen. Deze voorziening, te financieren uit publieke middelen, biedt een uitkering op het niveau van het sociaal minimum.<sup>53</sup>

Zoals in dit artikel reeds aangegeven zitten ook de organisaties van zelfstandigen niet stil. Veel zzp'ers maken intussen gebruik van bemiddelingsbureaus, voor acquisitie en administratie. Dit houdt onder meer verband met het gegeven dat grote opdrachtgevers, zoals de overheid, alleen zaken willen doen met organisaties van enige schaal, die voldoen aan certificeringseisen.<sup>54</sup> Recent is door de Belastingdienst en het UWV groen licht gegeven aan een BV-constructie, het zogenoemde Uniforce-concept, dat een zelfstandige in staat stelt om het hebben van een eigen onderneming met maximale zeggenschap te combineren met het verzekerd zijn als werknemer. Volgens Uniforce is dit de oplossing voor mensen die niet met een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) kunnen of willen werken en vormt het "een perfecte invulling voor het grijze gebied dat is blijven liggen tussen een arbeidsovereenkomst als werknemer en het zelfstandig ondernemerschap."<sup>55</sup>

Een prominent vraagstuk voor de toekomst is of het in het licht van de steeds minder uniforme arbeidsmarkt niet mogelijk en beter is om een aantal voorzieningen voor ziekte, werkloosheid, scholing en pensioen op nationaal in plaats van sectoraal niveau te regelen.<sup>56</sup> Te denken valt dan aan bijvoorbeeld een nationaal pensioenfonds en een nationale scholings- of leerrekening. De bijdragen hieraan zouden, met inbegrip van een vorm van solidariteit, via belastingheffing bij een ieder kunnen worden geïnd. Aan zo'n universele voorziening zitten naast voordelen ook veel haken en ogen, die wij hier niet verder kunnen bespreken. Uit de literatuur weten we onder meer dat universele systemen vaak op een minimumniveau uitkomen, hoewel dat niet geldt voor de Scandinavische verzorgingsstaten met hun hoge belastingdruk.<sup>57</sup> Waar het echter om gaat, is dat een toekomstbestendige arbeidsmarkt enerzijds adequaat moet inspelen op economische en demografische uitdagingen en anderzijds voldoende bescherming en basiszekerheid dient te bieden aan iedereen die arbeid verricht (of dat tijdelijk niet kan doen), ongeacht de verhouding en vorm waarbinnen deze arbeid wordt verricht. Zou het in dit verband ook niet logisch en belangrijk zijn dat zzp'ers op korte termijn specifiek in de SER worden vertegenwoordigd?

Tot slot. Naar onze bescheiden mening heeft SMA in de afgelopen decennia een grote bijdrage geleverd aan het juridisch en maatschappelijk vormgeven van de arbeidsovereenkomst, zowel individueel als collectief. Wij roepen graag de opvolger van SMA op, het Tijdschrift voor recht en arbeid (TRA), een zelfde rol te spelen ten aanzien van de nieuwe verhoudingen tot arbeid in een naar verwachting veel diverser, minder eenduidig en onvoorspelbaar arbeidsbestel.

*\* Dr. Ad Nagelkerke is werkzaam aan de Faculteit Economie en Bedrijfswetenschappen van de Universiteit van Tilburg.*

*Mr. dr. W.G.M. Plessen is verbonden aan het Departement Sociaal Recht en Sociale Politiek van de Universiteit van Tilburg.*

*Prof. dr. A.C.J.M. Wilthagen is hoogleraar Institutionele en Juridische aspecten van de arbeidsmarkt in nationaal en internationaal perspectief aan de Universiteit van Tilburg.*

*De auteurs zijn respectievelijk sinds 1998, 2000 en 1998 lid van de redactie van SMA.*

<sup>1</sup> W. Drees (1946), Sociaal Beleid, *SMA*, 1, (1), p. 3-6.

<sup>2</sup> W. Reynaerts (1985), *Kantelende posities, arbeidsverhoudingen in een keertijd*. Den Haag: Organisatie voor strategisch arbeidsmarktonderzoek.

<sup>3</sup> H.G. de Gier, P.F. van der Heijden, A. Hoffmans, T. van Peype & S. Simitis (1991), *Gekantelde arbeidsverhoudingen*. Alphen aan den Rijn: Samsom (Sinzheimer cahiers No. 2).

<sup>4</sup> In de thuiszorg leidt dat wel tot discussie over de vraag of er niet toch een arbeidsovereenkomst met de instelling voor thuiszorg is. Zie b.v. Rb. Arnhem, AWB 07/2996, LJN: BC 8688; Rb Almelo, 06/1369 en 06/1370, LJN: BB3315. Eind 2007 is vervolgens door de Minister bepaald dat indicaties voor alpha-hulp niet meer kunnen worden gegeven, waardoor de facto de zzp'er in de thuishulp niet meer goed denkbaar is.

<sup>5</sup> Zie o.a. EIM (2007), *Van onbemand naar onmisbaar*. Oktober, p. 21/22.

<sup>6</sup> EIM, a.w., p. 20. Voor een recent onderzoek: EIM/Bureau Bartels, *Zelfstandigen zonder personeel*. Onderzoek in opdracht van het Ministerie van SZW, 10 oktober 2008.

<sup>7</sup> Zie CBS 2008, *Statline*; CBS 2006, *Kleinbedrijf in de bouw floreert*; CBS 2008, *Architecten- en Ingenieursbureaus* (Branchebeschrijving 2000-2006). Den Haag.

<sup>8</sup> Zie *P&O Actueel* van 1 oktober 2008, Hoge groei aantal zzp'ers ten koste van sociale verzekeringen?

<sup>9</sup> Art. 7A: 1639 e.v. BW. Zie uitbreid: G. Boot (2005), *Arbeidsrechtelijke bescherming*. Diss.

Rijksuniversiteit Leiden. Zie voorts: J.J.M. de Laat (2007), *Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst. Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2007/1, p. 47-68.

<sup>10</sup> Als daarvan de hoogte niet bepaald is, is een 'redelijk' loon verschuldigd. In de schaarse rechtspraak op dit onderwerp, ziet men o.a. benoeming van deskundigen en verwijzingen naar het gebruikelijke 'loon in de branche'. Zie o.a. LJN: BA9613, Rechtbank Zwolle, 123351 / HA ZA 06-994.

<sup>11</sup> Artikel 1 onder b BBA..

<sup>12</sup> Welke gedachte weer sterke gelijkenis vertoont met de situatie dat een VAR-WUO-verklaring wordt afgegeven, namelijk bij minstens 3 opdrachtgevers, zie de volgende subparagraaf.

<sup>13</sup> NMA, 07-34 / 05-12-2007.

<sup>14</sup> Zie ook Rechtbank Zutphen 2 mei 2008, nog niet gepubliceerd (zie ook noot 50).

<sup>15</sup> Zie ook, onzes inziens terecht, Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch, 9 juli 2007, *JAR* 2007/226.

<sup>16</sup> Zie hierover onder meer, J.M. Fleuren-Van Walsum en T. van Peijpe, Gezagsverhouding, de stand van zaken, *SMA*, 1995, p. 412-423; uitgebreid: Boot, a.w. p. 115-147.

<sup>17</sup> Zie hierover uitgebreid: Boot, a.w. 2005, p. 94-108. Zie ook: J.J.M. de Laat (2007), *Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst. Arbeidsrechtelijke annotaties*, 2007/1, p. 47-68.

<sup>18</sup> C.J. Loonstra en W.A. Zondag (2006), *Arbeidsrechtelijke Themata*. Den Haag 2006, p. 88.

<sup>19</sup> Zo ook Boot, a.w. p. 107/8.

<sup>20</sup> Zie o.a. HR 15.09.2006, *JAR* 2006/244.

<sup>21</sup> HR 13.7.2007, *JAR* 2007/231

<sup>22</sup> A.w. pag. 107/8.

<sup>23</sup> HR 14.11.1997, *JAR* 1997/263.

<sup>24</sup> HR 14.4.2006, *JAR* 2006/119.

<sup>25</sup> HR 1.12.1961, *NJ* 1992, 79. Animeermeisjes hadden 20 jaar later echter wel een arbeidsovereenkomst: HR 17.4.1984, *NJ* 1985, 18.

<sup>26</sup> HR 15.9.2006, *JAR* 2006/24.

<sup>27</sup> Zie De Laat, a.w. ibidem

<sup>28</sup> Aldus geciteerd door J.J. Trap in *ArbeidsRecht*, 2007/4, p. 26.

<sup>29</sup> Volgens Van Zutthem ging het daarbij – vooral voor de vakbeweging – niet alleen om de verbetering van de materiële situatie van werknemers (correctiefunctie) maar ook om het verbeteren van hun maatschappelijke en culturele positie (emancipatiefunctie). H.J. van Zutthem (1967), Het sociologisch perspectief van de vakbeweging in de maatschappelijke verhoudingen. In: C. de Galan e.a., *Vakbeweging nu en straks*. Amsterdam: De Arbeiderspers, p. 88.

<sup>30</sup> Rond 1980 bestond er een omvattend wettelijk en institutioneel kader voor allerlei aan elkaar gekoppelde, geïndexeerde inkomens.

<sup>31</sup> Vgl. B. Peper (1979), Coöperatie, conflict en coalitie; De Nederlandse arbeidsverhoudingen 1970-1980: veranderingen, constanten en perspectieven. *ESB*, p. 1369.

<sup>32</sup> Het centralisme stond al vanaf het begin regelmatig ter discussie staat. In de beginjaren vijftig bijvoorbeeld door Romme (KVP), door de bonden die terrein op de centrale organisaties wilden terug winnen, door verspreide stakingen en feitelijk ook door de vele werkgevers en werknemers die 'zwarte lonen' betaalden. A.G. Nagelkerke en A.C.J.M. Wiltshagen, (2000), Op weg naar institutioneel mozaïek. *SMA*, 55, (4), april, 156-166.

<sup>33</sup> Scharpf spreekt in dit geval van 'bargaining in the shadow of hierarchy'. F.W. Scharpf (1993), Coordination in hierarchies and networks. In: F.W. Scharpf ed., *Games in hierarchies and networks*. Boulder: Campus Verlag.

<sup>34</sup> CBS (2008), *Organisatiegraad van werknemers 1995-2008*. Den Haag.

---

<sup>35</sup> Vgl. Frank Tros (2001), Arbeidsverhoudingen: decentralisatie, deconcentratie en empowerment. *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken*, 17, (4), 304-319.

<sup>36</sup> Daarbij is er een overgang merkbaar van regelingen voor grote groepen naar regelingen die individuele afstemming beogen.

<sup>37</sup> Volgens de auteurs heeft dat bevordert dat werknemers de overgang van baanzekerheid naar werkzekerheid goed hebben doorstaan, maar er is minder loyaliteit dan vroeger: "Employability rules' is wat de klok slaat". René Tissen, Frank Lekanne Deprez, Rosalie Burgers & Kees van Montfort (2008), Denkend over Mens en Werk. *Tijdschrift voor HRM*, 11, (2), 98.

<sup>38</sup> Het EIM, a.w. p. 22 stelt dat het aantal min of meer 'gedwongen zelfstandigen' en het aantal 'schijnzelfstandigen' klein zal zijn, 'mede gezien de huidige criteria en regelgeving inzake de (h)erkenning van zzp-schap'. Uiteraard zegt deze inschatting niets over de mate van afhankelijkheid van de opdrachtnemer van de opdrachtgever in de praktijk. Daarvoor is empirisch onderzoek nodig.

<sup>39</sup> Zie art. 4.1 van het Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen. *Staatscourant*, 2006, 232, 24.

<sup>40</sup> Het is dan ook waarschijnlijk dat de vakorganisaties die momenteel zzp'ers organiseren (FNV en CNV) overwegend een soort sociale ANWB-functie zullen kunnen vervullen.

<sup>41</sup> Wolfgang Streeck (2008), *Industrial Relations Today: Reining in Flexibility*. Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, MPIfG Working paper 08/3, p. 11 (uitgesproken bij het 10-jarig bestaan van AIAS in april 2008).

<sup>42</sup> Zie Bruce E. Kaufman (2004), *The Employment Relations System: A Guide to Theorizing*. In B. Kaufman ed., *Theoretical Perspectives on Work and the Employment Relationship*. IRRRA, Ithaca NY, Cornell University: ILR Press, p. 64; 69.

<sup>43</sup> Zo werd onlangs gesteld dat de CAO Beroepsgoederenvervoer niet algemeen verbindend kan zijn en dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de algemeen verbindend verklaring van de CAO 2007-2008 moet intrekken, omdat de branche-organisatie TLN niet representatief is. Zie HS-ARBEIDSVORWAARDEN, *CAOverzicht*, NR.38 (oktober 2008).

<sup>44</sup> Een vrees onder meer geuit door L. Hermans van MKB-Nederland. Zie Zzp'er ondermijnt sociale stelsel, *Financieele Dagblad*, 29 september 2008.

<sup>45</sup> Zie P. Capelli (2000), *Market-Mediated Employment: The Historical Context*. In: M. Blair and T. Kochan, *The New Relationship: Human Capital in the American Corporation*. Washington D.C.: Brookings Institution Press: p. 66-101.

<sup>46</sup> Coase, Ronald H. (1937), *The Nature of the Firm*. *Economica* 4, pp. 386-405.

<sup>47</sup> Oostenrijk, bijvoorbeeld, heeft het per 1 januari 2008 mogelijk gemaakt om een bepaalde categorie economisch afhankelijke zelfstandigen, werkzaam op een 'freier Dienstvertrag' (zeg maar quasi-zelfstandigen) onder dezelfde WW-verzekering en andere socialezekerheidsregelingen te brengen als de standaard-werknemer. Een andere categorie zelfstandigen, werkzaam op een 'Werkvertrag' (zeg maar de echte zzp'er) kan waarschijnlijk vanaf 2009 optioneel deelnemen aan de WW-verzekering. De sociale partners hebben een voortrekkende rol gespeeld bij het ontwikkelen van deze regelingen. Zie <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2007/12/articles/at0712029i.htm>.

<sup>48</sup> Zie bijvoorbeeld Verheul, M., A.Ph.C.M. Jaspers, M. Westerveld en A.C.J.M. Wilthagen (2001), *Zelfstandige zonder personeel: regels en ervaringen*. Den Haag: Sdu.

<sup>49</sup> Zie het *Financieele Dagblad* 13 maart 2008, 'Tweede Kamer ongerust over groot aantal zzp'ers zonder verzekering'.

<sup>50</sup> Onlangs deed de rechter uitspraak in een zaak waarbij een zzp'er gewond was geraakt bij het uitvoeren van een opdracht in een woning die in aanbouw was is. De opdrachtgever stelde dat de zzp'er voldoende was geïnformeerd over de risico's en dat hij als opdrachtgever niet aansprakelijk was voor de bescherming van zzp'ers. De rechter stelde de opdrachtgever, die eerder ook al beboet was door de Arbeidsinspectie, echter in het ongelijk. Rechtbank Zutphen, 2 mei 2008, nog niet gepubliceerd. Zie ook hierboven noot 15.

<sup>51</sup> Ondanks dat hiervoor een Kamermeerderheid bestond en zwangere zzp'ers hierom vroegen in proefprocessen. Zie M. Aerts (2007), *De zelfstandige in het sociaal recht*. Deventer: Kluwer.

<sup>52</sup> Zie het *Financieele Dagblad*, 'Vangnet bij ziekte voor zzp'ers', 22 oktober 2008.

<sup>53</sup> Commissie Arbeidsparticipatie (2008), *Naar een toekomst die werkt*. Rotterdam, juni, p. 81-82.

<sup>54</sup> Zie D. Bouwman, *Digitale Cowboys; Trendontwikkelingen op de arbeidsmarkt voor zelfstandigen zonder personeel*. FNV Pers/FNV Zelfstandigen, oktober 2008.

<sup>55</sup> Zie [www.uniforce.nl/](http://www.uniforce.nl/).

<sup>56</sup> Dat het problematisch kan zijn dat vaak nog te zeer vanuit de werkgevers-werknemers band wordt gedacht, zie de beleidsnotitie *Zelfstandig ondernemerschap kent vele gezichten* van de vereniging Platform Zelfstandige Ondernemers (PZO). Den Haag, p. 6-7.

<sup>57</sup> Zie recent M. van Gerven (2008), *The Broad Tracks of Path Dependent Benefit Reforms. A Longitudinal Study of Social Benefit Reforms in Three European Countries, 1980-2006*. Diss. Universiteit van Tilburg.